Die Haftung

des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden ⊙ des Veräußerers. ⊙

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig
eingereicht von

Karl Kühn
Referendar in Leipzig.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Leipzig.
Druck von Jüstel & Göttel.
1906.

Meiner lieben Mutter.

Meiner lieben Mutter.

Literaturverzeichnis.

Adler in Archiv für bürgerliches Recht Bd. III S. 1 ff.
Anonymus in Elvers Themis I S. 498 ff.
Anschütz u. von Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 1868.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts.
Behrend in Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. IV. S. 429 ff.
Bolze, Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Cohn in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 42 S. 46 ff.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Auflage.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.
Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Endemann, Das deutsche Handelsrecht 1876.
Endemann in Holtzendorffs Encyklopädie.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes (RG.).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes (ROH.).
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 5. Aufl.
von Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1867 und 1894.
Hassenpflug in Elvers Themis I S. 59 ff.
Hoffmann in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des preußischen Rechts, des Handelsrechts und Wechselrechts. 11. Jahrg. S. 258.
Ladenburg in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. III S. 90.
Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch.
Ladenburg in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Bd. 34 S. 25 ff, Bd. 36 S. 81 ff.
Ihde, Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Schulden des Veräußerers nach früherem und jetzigem Recht. Rostock 1903.
Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. 1858.
Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1901.
Mommsen, In Buschs Archiv Bd. 32 S. 201 ff.
Pinzger, Die Schuldenhaftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts. Leipzig 1903.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 1900.
Regelsberger in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts.
Regelsberger in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 14 S. 1 ff.
Schaarschmidt, Die Geschäftsschulden bei Veräußerung des Handelsgeschäfts. Leipzig. 1902.
Simon in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 24 S. 91 ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1900.
von Völderndorff in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts. Bd. I S. 131.
Wolff in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 43 S. 245 ff.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in deutschen Staaten.
Thöl, Das Handelsrecht. 1875.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift (JW.).

Disposition.

Seite

§ 1. Einleitung 5

A. Gründe der Haftung des Erwerbers.

I. Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma.

1. Voraussetzungen.

§ 2. a) Begriff des Handelsgeschäfts 7
§ 3. b) Erwerb des Handelsgeschäfts; Erwerb unter Lebenden 10
§ 4. c) Fortführung der Firma 12

2. Wirkung der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma.

§ 5. a) Haftung gegenüber den Geschäftsgläubigern 15
§ 6. b) Ausschluß der Haftung durch abweichende Vereinbarung 19

II. Fortführung des Geschäfts ohne Firma.

Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes.

1. Des BGBs.

§ 7. a) Übernahme eines Vermögens (§ 419 BGB.) 22
§ 8. b) Privative Schuldübernahme; Versprechen der Leistung an Dritte; Bürgschaft 25

2. Des HGBs.

§ 9. Handelsübliche Bekanntmachung 26

B. Juristische Natur der Haftung des Erwerbers.

§ 10. Gesamtschuldverhältnis 29

Anhang:

§ 11. Civilprozessuale Stellung des Erwerbers 32

§ 1.

Einleitung.

Die Frage nach der Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden des Veräußerers war vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 eine der bestrittensten. Gesetzlich war diese Frage nicht geregelt und so war der Aufstellung der verschiedensten Theorien Tür und Tor geöffnet.

Im Jahre 1827 erschienen zwei für die Beantwortung dieser Frage bedeutungsvolle Abhandlungen von Tabor und Hassenpflug; — auf letztere wird noch unten zurückgekommen werden. Beide Abhandlungen stellten das Handelsgeschäft als juristische Person dar und begründeten auf diese Weise die Haftung des Erwerbers für die Geschäftsschulden. Diese Ausführungen beschworen die verschiedensten Kontroversen herauf, und als die Nürnberger Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches zusammentrat, erwartete man allgemein, daß die Frage des Übergangs der Geschäftsschulden einheitlich geregelt werde. Die Kommission lehnte jedoch Regelung der Frage ab, „weil keiner der vorgeschlagenen Rechtssätze Anspruch auf Anerkennung als allgemein zutreffende Regel habe".[1])

So unterblieb denn eine Regelung im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Aufgabe der Judikatur, insbesondere des Reichsoberhandelsgerichts und darnach des Reichsgerichts mußte es deshalb sein, zu den verschiedenen Theorien Stellung zu nehmen und wenigstens eine einheitliche gewohnheitsrechtliche Beantwortung der Frage zu geben.

Beide Gerichte sind jedoch zu einer völlig gleichen Behandlung der Frage nicht gelangt. Die Grundsätze, die sie aufstellten, waren indes die gleichen: Die Fortführung des Handelsgeschäfts, sei es mit, sei es ohne Firma, begründet an sich keine Haftung für die Geschäftsschulden des bisherigen Inhabers; die Haftung tritt vielmehr nur kraft besonderen Verpflichtungsgrundes ein, sei es nun, daß sich der Erwerber durch Vertrag mit den Gläubigern oder dem Veräußerer zur Übernahme der Geschäftsschulden verpflichtet, sei es, daß er die Übernahme in handelsüblicher Weise bekannt gemacht hat. Das Reichsgericht[2]) ging im Gegensatz zum Reichsoberhandelsgericht soweit, die Haftung des Geschäftserwerbers auf Grund der Firmenfortführung auszusprechen, vor-

[1]) Lutz, Protok. S. 1435.
[2]) RG. 2, S. 55; 17, S. 97 ff und die dort zitierten Entscheidungen.

ausgesetzt, daß im Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber dessen Haftung für die Geschäftsschulden vereinbart war. RG. 38, S. 175.

Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 hat anknüpfend an diese Anschauung des Reichsgerichts, daß in der Firmenfortführung das für die Haftung des Erwerbers maßgebende Motiv zu erblicken sei, die Frage der Haftung des Übernehmers eines Handelsgeschäfts in §§ 25—27 erschöpfend geregelt.

In folgendem soll die Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftsschulden des bisherigen Inhabers behandelt werden unter kurzer Berücksichtigung der vor dem Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 herrschenden Rechtsanschauungen. Wir beschränken uns jedoch auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Handelsgeschäfts und lassen den Fall der Übernahme durch den Erben außer Betracht, da dort die handelsrechtlichen Fragen dieselben und nur durch erbrechtliche Bestimmungen im Einzelnen modifiziert sind.

A. Gründe der Haftung.

I. Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma.

1. Voraussetzungen.

Der Kreis der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen bestimmt sich durch die Worte:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt", usw., § 25 HGB. Abs. 1.

An erster Stelle ist zunächst der Begriff des Handelsgeschäfts zu untersuchen.

§ 2.

a) Begriff des Handelsgeschäfts.

Das Gesetz selbst gibt keine Definition des Begriffes des Handelsgeschäfts; dieser ist aus dem A. D. HGB. übernommen, das jedoch ebenfalls keine Begriffsbestimmung kannte; er ist deshalb Gegenstand lebhaften Streites gewesen.

Behrend (in seiner Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Band IV, S. 455) unterscheidet nicht weniger als 4 Bedeutungen:

1. das einzelne handelsrechtlich zu beurteilende Rechtsgeschäft;
2. die gewerbliche Tätigkeit eines Kaufmanns in ihrer Gesamtheit, den Inbegriff von wirklichen oder bloß möglichen Handlungen, deren gemeinsamer Mittelpunkt in der Richtung auf das Handelsgewerbe zu suchen ist;
3. das Handelsvermögen, d. h. den Inbegriff der aus dem Betriebe des Handelsgewerbes hervorgegangenen und für die Zwecke desselben bestimmten Rechtsverhältnisse;
4. Das Handelsetablissement als den örtlichen Mittelpunkt für die gewerbliche Tätigkeit eines Kaufmanns, das allerdings zugleich einen Bestandteil des Handelsvermögens bildet.

Ohne weiteres scheiden aus für uns die Bedeutung unter 1, weil es sich in § 25 HGB. um Übertragung und Erwerb eines Handelsgeschäfts handelt, das einzelne Rechtsgeschäft kann aber weder übertragen noch erworben werden, sowie die Bedeutung unter 2, weil das Geschäftslokal als solches nicht der Träger von Rechten sein kann.

Behrend selbst entscheidet sich für den Begriff des Handelsvermögens und sieht in ihm

1. „die Geschäftsaktiven, das sind
   a) die für den Gewerbebetrieb bestimmten Sachen, wie Waren, Fabrikvorräte, Utensilien usw.
   b) Die Rechte, die in Beziehung zu dem Handelsgewerbe stehen, insbesondere die Forderungen aus Handelsgeschäften."
2. „Die Handelsschulden, die den negativen Teil des Geschäftes bilden. Es sind dies die Passiven, die im Geschäftsbetrieb entstanden sind und für die bei ordnungsmäßigem Gang der Geschäfte in den Aktiven Deckung vorhanden ist."

Wesentlich derselben Ansicht ist von Hahn in seinem Kommentar Bd. I S. 109.

Regelsberger[1]) dagegen und sich ihm anschließend Simon[2]) lehnen den Behrendschen Begriff des Handelsvermögens ausdrücklich ab und sehen im Handelsgeschäft nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes.[3])

Diese Definition ist zweifellos zu eng, aber auch die Behrendsche, die im Handelsgeschäft das Handelsvermögen, die Summe von Geschäftsaktiven und -passiven sieht, genügt nicht. Denn Zweck der Übernahme des Geschäfts ist meistens nicht nur Übernahme der Aktiven und Passiven — letztere werden sehr oft ausgeschlossen — sondern Eintritt in die gesamte kaufmännische Rechtssphäre des bisherigen Inhabers. Es sind dies die verschiedensten Verhältnisse rein tatsächlicher Natur, die geschäftlichen Beziehungen zu Lieferanten und Kunden, die Kenntnisse der Geschäftsgeheimnisse. Sie bilden sehr oft die Hauptsache und erklären es, daß der Erwerber meist einen Preis zahlt, der den absoluten Wert des Geschäfts weit übersteigt. Wir verweisen an dieser Stelle an die Ausführungen des Anonymus in Elvers Themis (in Buschs Archiv 34 S. 31 zitiert):

„In der Handelswelt ist es für den, der eine Handlung fortsetzt, nicht eigentlich darauf abgesehen, daß er das in der Handlung roulierende Kapital an Waren, Forderungen usw. erhalte, denn dieses müßte er doch dem bisherigen Inhaber vergüten. Ihm ist es darum zu tun, daß der, welcher die Handlung bisher betrieben, zurücktrete und diese Art von Geschäften aufgebe, und daß er, indem er ihn seinen Geschäftsfreunden empfiehlt und sie ersucht, das Vertrauen, das er bis daher genossen, auf seinen Nachfolger zu übertragen, die Verbindungen und Kundschaft erhalte, welche der bisherige Geschäftsinhaber besaß."

Durch Kombination der Behrendschen und Regelsbergerschen Ansichten sehen wir mit Cosack (Lehrbuch des Handelsrechts S. 66) im Handelsgeschäft „das Handelsunternehmen des Kaufmanns als Ganzes, das nicht bloß gewisse körperliche Sachen, wie Laden, Waren usw., sondern auch alle Forderungen

---

[1]) In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 14, S. 12 ff.
[2]) In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24, S. 121 ff.
[3]) Simon a. a. O: „Der Übernehmer soll in die Lage gebracht werden, daß er objektiv fähig ist, das Geschäft vollkommen wie der bisherige Inhaber zu betreiben."

und Verpflichtungen, die für den Unternehmer im Gewerbe entstehen, sowie die tatsächlichen Beziehungen zu den Kunden, die Geschäftsgeheimnisse usw. umfaßt, die den Betrieb ermöglichen."

Staub entscheidet sich ähnlich: „Unter dem Handelsgeschäft versteht man den Komplex alles dessen, was zum Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes gehört. Im weitesten Umfange gehören dazu die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte und sogenannten Chancen, d. h. die tatsächlichen Beziehungen, welche den Betrieb ermöglichen oder fördern, mögen sie nun in Fabrikgeheimnissen oder in der Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen oder in dem durch reelles Geschäftsgebaren oder hervorragende Leistungen erworbenen geschäftlichen Vertrauen oder Rufe bestehen." (Staub, Anm. 2 zu § 22 HGB.)

Lehmann und Ring (S. 89/90) scheiden Handelsgeschäft im weitesten Sinne, das ist die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert und Handelsgeschäft im engsten Sinne, das sind diejenigen Vermögenswerte, die den Fortbetrieb des Handelsgeschäfts gewährleisten.

Im Anschluß hieran sind zum Handelsgeschäft außer den Waren, der Geschäftseinrichtung, den Handelsbüchern zu rechnen die Patentrechte, Musterrechte, Rechte auf Warenzeichen, „das Recht, die Begründung eines Konkurrenzgeschäfts gewissen Personen zu untersagen,[1])" Ansprüche aus unlauterem Wettbewerbe gegen andere Firmen, ferner alle Forderungen und Verbindlichkeiten (siehe unten § 5.)

Unter Umständen sind die Aktiven für das Wesen des Handelsgeschäfts von nebensächlicher Art, und die Organisation bildet das Wesentliche. So betrifft, wie RG. 37, S. 178 ausführt, die Veräußerung eines Zeitungsunternehmens im wesentlichen nicht bestimmte körperliche Sachen, wie Druckereiapparate, Materialien und außenstehende Forderungen. Die Hauptsache und der wesentliche Wert der Zeitung besteht in der tatsächlichen Möglichkeit eines lukrativen Erwerbes durch Fortsetzung des Verlags; der Umfang der Verbreitung, die Zahl der Abonnenten, das Maß der Verwendung des Blattes für Inserate sind für den Wert des Unternehmens bestimmend.

An dieser Stelle soll kurz auf die Frage eingegangen werden, ob das Handelsgeschäft, das sich nach Staub als Komplex alles dessen, was zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört, darstellt, ein streng abgeschlossenes, einheitliches Ganzes bildet, ob ihm vielleicht gar juristische Persönlichkeit zukommt. Einige Schriftsteller, so Mommsen in Buschs Archiv 32 S. 201 und Endemann in seinem Deutschen Handelsrecht § 17 haben daraus, daß der Kaufmann sein Privatvermögen scharf von seinem Geschäftsvermögen trennt und über beide getrennt Buch führt, geschlossen, das Geschäft sei ein selbständiges Verkehrswesen, dem sich der Kaufmann selbst dienend unterordne, eine juristische Person.

Mommsen führt des weiteren aus:

„Das vereinigende Moment ist nicht etwa eine Person, sondern der Zweck, die Vermittelung der Produktion und Konsumtion in dem betreffenden

[1]) Behrend, Lehrbuch S. 203.

Verkehrszweig. Dieser höheren wirtschaftlichen Idee dient das Geschäft, während es seinen nächsten Zweck erfüllt, dem Inhaber eine Quelle des Gewinnes zu sein; daher erscheint es unmittelbar selbst als das eigentliche Verkehrswesen, als selbstständiger Träger des Kredits und der gesamten Handelstätigkeit, nicht der Inhaber."

Wären diese Ausführungen zutreffend, so müßte man Geschäftsvermögen und Privatvermögen eines Kaufmannes rechtlich streng scheiden: eine Haftung des Geschäftsinhabers mit seinem Privatvermögen für die Geschäftsschulden müßte ausgeschlossen sein. Das Gesetz steht aber auf dem entgegengesetzten Standpunkte: eine rechtlich wirksame Trennung vom Geschäfts- und Privatvermögen des Kaufmanns findet nicht statt; der Konkurs ergreift sein Gesamtvermögen.

Selbst dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, dem doch eine ganz andere rechtliche Selbständigkeit zukommt als dem Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes[1]), ist juristische Persönlichkeit nicht gegeben. Simon hat am angeführten Orte diese Theorie des „unabhängigen Zweckvermögens", wie sie Endemann nennt, treffend widerlegt; auf seine Ausführungen sei hier verwiesen.

Cosack (Lehrbuch des Handelsrechts S. 66) nennt das Geschäft ein „Sondergut". Der von ihm eingeführte Begriff ist jedoch praktisch nicht verwertbar, weil eben das Handelsgeschäft keine rechtlich geschlossene Einheit bildet. Die Unterscheidung des Handels- und Privatvermögens unterliegt lediglich der Willkür des Inhabers: er kann jederzeit Bestandteile des einen zum andern schlagen.

§ 3.

b) Erwerb des Handelsgeschäfts: Erwerb unter Lebenden.

Der Erwerb kann in vierfacher Weise vor sich gehen;

1. Ein Einzelkaufmann erwirbt das Geschäft eines Einzelkaufmanns.
2. Ein Einzelkaufmann erwirbt das Geschäft einer Handelsgesellschaft.
3. Eine Handelsgesellschaft erwirbt das Geschäft eines Einzelkaufmanns.
4. Eine Handelsgesellschaft erwirbt das Geschäft einer Handelsgesellschaft.

Als Normalfall hat der Fall unter 1 zu gelten: die übrigen enthalten zugleich gesellschaftsrechtliche Fragen. Sie bleiben deshalb außer Betracht; nur soweit Abweichungen vom Normalfall in ihnen vorkommen, werden sie Erwähnung finden.

Der Erwerb des Geschäfts bedeutet einen vollständigen Wechsel der Inhaberschaft. Die Fälle eines partiellen Wechsels, sei es nun, daß ein Einzelkaufmann in eine Handelsgesellschaft eintritt, oder daß eine Handelsgesellschaft durch einen ihrer Gesellschafter als Einzelkaufmann fortgeführt wird, gehören nicht hierher; sie sind im Gesetz anderweit geregelt. (Vergl. Staub S. 139.)

Der Erwerber tritt an Stelle des bisherigen Inhabers, er setzt dessen Geschäft fort. Das Geschäft des Veräußerers muß also als solches bereits bestanden haben. Derjenige, der sich einen Komplex von Gegenständen an-

---

[1]) Mommsen (a. a. O.) verneint dies allerdings: „Es dürfte unmöglich erscheinen, die Selbständigkeit eines Geschäfts davon abhängig zu machen, ob Einer oder Mehrere an der Spitze stehen. Diese bloß äußerliche Tatsache kann nicht innerliche Verschiedenheiten zur Folge haben."

schafft — ohne das Geschäft selbst zu betreiben — kann nach erlangter Eintragung seines Namens als Firma diesen Komplex unter seiner Firma nicht auf einen andern übertragen, da das Geschäft, das er übertragen will, tatsächlich nicht bestanden hat. RG. 9, S. 2. Vergl. ROH. 6 S. 246/247; RG. 25 S. 2, 3, S. 120.

Der Veräußerer muß also das Geschäft selbst betrieben haben, damit der Erwerber es fortführen kann. Die Kontinuität muß gewahrt bleiben. Der Erwerber darf deshalb auch nicht das Geschäft aufgeben und die erworbene Firma für ein neues Geschäft fortführen. (Staub S. 128; Düringer-Hachenburg **I.** S. 110.)

Doch braucht das fortgeführte Geschäft nur im wesentlichen auf den alten Grundlagen zu beruhen, völlige Identität ist nicht erforderlich; „quantitative Veränderungen, Erweiterungen und Verringerungen des Geschäftsbetriebes sind denkbar, ja sogar eine völlige Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ist dann ohne Nachteil, wenn sie allmählich erfolgt und die Kontinuität nicht unterbrochen ist." Staub S. 128; ebenso Cosack S. 80, Makower S. 53, Bolze **III** No. 234, A. M. Düringer-Hachenburg S. 110.

Dadurch, daß einzelne vom bisherigen Inhaber geführte Waren nicht weiter geführt werden, wird die Kontinuität nicht durchbrochen. Vergl. Entscheidung des Reichsger. v. 10. **XII.** 1895 in JW. 1896 S. 36 No. 30. RG. **I.**, S. 263, RG. 9 S. 83. Bolze **VI.** No. 169.

Wird dagegen der Zweck des Geschäfts mit einem Schlage geändert, so ist die Verbindung zwischen der alten Firma und Erwerber gelöst; es entsteht ein neues Geschäft, das mit dem alten außer dem Namen nichts gemeinsam hat, eine Haftung des neuen Inhabers für die Schulden des bisherigen ist ausgeschlossen.

Welche Gegenstände im einzelnen erworben werden, beurteilt sich nach den Parteiabmachungen und ist von Fall zu Fall zu untersuchen.

Die Veräußerung der Hauptniederlassung schließt die Übertragung der Zweigniederlassungen in sich, sofern diese, wie im allgemeinen anzunehmen ist, dieselbe Firma führen, da sie sich als bloße Zubehör[1]) der Hauptniederlassung, als unselbständige Rechtssubjekte[2]) darstellen.

Führt dagegen die Zweigniederlassung eine selbständige Firma, so wird sie durch die Veräußerung der Hauptniederlassung nicht betroffen; sie wird in diesem Fall als wirtschaftlich selbständiges Ganzes angesehen.

Schließlich ist noch zu der Frage Stellung zu nehmen: ist unter dem Erwerb des Handelsgeschäfts nur der Erwerb zu Eigentum zu verstehen, oder fällt der Erwerb auf Grund eines Nießbrauchs, Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses des ehelichen Güterrechts, der in § 22 HGB. in bezug auf die Berechtigung der Firmenfortführung dem Erwerb zu Eigentum gleichgestellt wird, unter die Vorschriften des § 25 HGB.? Der Umstand, daß § 25 HGB. eine gleiche Bestimmung nicht enthält, und daß eine Verweisung auf § 22 fehlt, verbietet eine direkte Anwendung auf die genannten eigentumsähnlichen Verhältnisse. Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 42

---

[1]) RG. 21, S. 4; 38, S. 263.
[2]) RG. 38, S. 406.

S. 52 hält auf Grund dieser Erwägung den Erwerb durch Nießbrauch, Pachtvertrag oder ähnliche Verhältnisse nicht für genügend, um eine Haftung für die Schulden zu begründen. Wir entscheiden uns jedoch mit der Denkschrift S. 36 und mit der Mehrzahl der Schriftsteller wenigstens für eine analoge Anwendung, vergl. Staub S. 139, Makower S. 57, Düringer und Hachenburg **1** S. 116.

Der Erwerb des Handelsgeschäfts muß aber unter Lebenden erfolgen. Der Erwerb von Todeswegen ist ausgeschlossen. Es ist kontrovers, ob der Erwerb durch Vermächtnis unter die Vorschriften des § 25 HGB. zu subsumieren ist. Der Erwerb durch Vermächtnis ist im Gesetz übergangen worden; denn § 25 verlangt ausdrücklich Erwerb unter Lebenden. Erwerb durch Vermächtnis ist aber im § 1939 BGB. ausdrücklich als Erwerb von Todeswegen bezeichnet. Anderseits behandelt § 27 HGB. ausschließlich die Fortführung des Geschäfts durch den Erben, der das Geschäft durch den Erbfall direkt erwirbt. Der Vermächtnisnehmer erwirbt aber nicht wie der Erbe direkt; das BGB. kennt kein Vindikationslegat. Der Legatar hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Übereignung des Legates gegen den Beschwerten § 2174 BGB. Er erwirbt also erst, wenn der Beschwerte seiner Verpflichtung nachkommt, das heißt unter Lebenden. Makower (S. 57) rechnet deshalb den Erwerb durch Vermächtnis einfach unter die Erwerbsgründe unter Lebenden und ist für direkte Anwendung des § 25 HGB. auf Erwerb durch den Legatar. Dem ist jedoch nicht beizustimmen, denn der materielle Rechtsgrund des Erwerbes ist nach § 1939 BGB. Erwerb **mortis causa.** Da man aber anderseits den Fall des Geschäftserwerbes durch Vermächtnis, der oft genug vorkommen wird, unter die Bestimmungen des § 25 unterbringen muß, — denn sonst wäre die Frage der Haftung für die Geschäftsschulden nicht vollständig geregelt, — wird man mit Staub (S. 139) und Düringer-Hachenburg (S. 116) auf eine analoge Anwendung des § 25 HGB. **zukommen müssen.**

Der Erwerb im Wege der Erbteilung ist, wie die Denkschrift S. 40 ausdrücklich betont, Erwerb unter Lebenden. Denn die Miterben übertragen ihre Anteile rechtsgeschäftlich auf den einen erwerbenden Miterben zu Eigentum, der nunmehr das Geschäft allein fortführt.

§ 4.

c) Fortführung der Firma.

Als letzte und wichtigste Voraussetzung nennt § 25 Abs. 1 HGB. Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma. Dieselbe Firma muß fortgeführt werden; es ist dies eine rein formale Bestimmung, die unter keinen Umständen umgangen werden kann; lediglich die Hinzufügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes hebt die Identität der neuen Firma mit der alten nicht auf. Erwirbt jemand 2 Firmengeschäfte und bildet für beide Geschäfte eine aus beiden Firmen bestehende einheitliche Firma, so liegt nicht Identität der Firma vor. RG. 50 S. 116 ff. gibt folgendes Beispiel: Der Beklagte hat 1. ein Pflasterergeschäft unter der Firma Joh. Strobl & Co. und 2. ein Asphaltgeschäft unter der Firma Martin Essig

gekauft. Er hat beide Geschäfte unter der Firma Joh. Strobl & Co. und Martin Essig vereinigt. Er haftet nicht für eine Geschäftsschuld der ehemaligen Firma Joh. Strobl & Co., denn die neue kombinierte Firma ist mit einer der alten Firmen weder gleichlautend noch gleichbedeutend; an dem formalen Erfordernis der Identität der Firma muß strikte festgehalten werden.

Der das Nachfolgeverhältnis andeutende Zusatz wird meistens „vormals, früher, Nachfolger" lauten. Es bedeutet keinen Unterschied, ob er der Firma voran oder nachgesetzt wird, d. h. ob die neue Firma lautet J. Schmitts Nachfolger, A. Müller oder A. Müller vormals J. Schmitt. (RG. 5 S. 113.)

Führt eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Firma fort, so muß gemäß § 20 HGB. der Zusatz A. G. oder K. A. G. in der Firma enthalten sein. Wird umgekehrt eine solche Gesellschaft von einem Einzelkaufmann fortgeführt, so muß er den Zusatz A. G. oder K. A. G. weglassen.[1]) Das Gesetz regelt zwar diese Frage nicht; aber mit Rücksicht darauf, daß das HGB. im allgemeinen das Prinzip der Firmenwahrheit hat, wird man auf Weglassung der genannten Zusätze zukommen müssen. Trotz ihres Wegfalls liegt Identität der Firma vor, denn sie sind eben nur Zusätze wie der Nachfolgerzusatz, und daß dieser die Identität der Firma nicht berührt, ist im Gesetz ausdrücklich festgestellt.

Daß die Firmenfortführung mit Bewilligung des bisherigen Inhabers erfolge, ist nicht erforderlich. Der Erwerber ist zwar gemäß § 22 HGB. nur mit Erlaubnis des bisherigen Inhabers zur Firmenfortführung berechtigt; dieser kann ihn deshalb auch auf Unterlassung verklagen. Dieses Verhältnis ist jedoch nur intern, nach außen hin ist es ohne Einfluß; lediglich die Firmenfortführung entscheidet, wie unten noch auszuführen sein wird, für die Frage der Haftung des Erwerbers gegenüber den Geschäftsgläubigern. Wer es unternimmt, unberechtigter Weise die Firma eines andern ohne dessen Einwilligung fortzuführen, setzt sich den Nachteilen, die das Gesetz an die Firmenfortführung knüpft, aus. Einwendungen, daß er zur Firmenführung gar nicht berechtigt sei, sind den ihn in Anspruch nehmenden Gläubigern gegenüber wirkungslos. **Factum cuique suum, non adversariis nocere debet** (l. 155 **Dig. L.**, 17.) Die Vorteile aus der Firmenfortführung kommen ihm nicht zu gute, denn die Geschäftsforderungen gehen nur dann auf ihn über, wenn der bisherige Inhaber oder seine Erben ihre Einwilligung zur Firmenfortführung gegeben haben. (§ 25 Abs. 1 S. 2.)

Des weiteren erhebt sich die Frage, ob es erforderlich ist, daß die Firma, die fortgeführt werden soll, im Handelsregister bereits eingetragen ist. Die Beantwortung der Frage ist, je nachdem es sich um sogenannte Muß-, Soll-, Kann-, Minder- oder Scheinkaufleute handelt, verschieden. Betrachten wir zunächst den Fall, daß jemand einen unter § 1 Abs. 2 HGB. fallenden Gewerbebetrieb erwirbt und unter der bisherigen Firma, die jedoch nicht zur Eintragung gelangt ist, fortführt. Jeder Gewerbebetrieb der genannten Art verleiht ohne weiteres Kaufmannseigenschaft, ohne daß es der Eintragung bedürfte; die Eintragung hat lediglich deklaratorische Wirkung. Hier sind

[1]) Düringer und Hachenburg Anm. III zu § 22.

also die Voraussetzungen des § 25 HGB. gegeben: Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden und Fortführung der Firma; die gesetzlichen Folgen des § 25 müssen eintreten.

Anders steht es aber dann, wenn ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, auf welches aber § 1 Abs. 2 nicht zutrifft, erworben und unter der bisherigen Firma fortgeführt wird, ohne daß die Firma zur Eintragung gelangt war. Hier wird erst durch die Eintragung der Firma die Kaufmannseigenschaft begründet; ohne Eintragung ist das gewerbliche Unternehmen kein Handelsgewerbe im Sinne des HGB. Derjenige, der es betreibt, ist kein Kaufmann, er kann keinen Handelsnamen, keine Firma führen; die von ihm benutzte Firma ist keine im Sinne des HGB. Es entfallen also die Voraussetzungen des § 25: Erwerb des Handelsgeschäfts und Fortführung der Firma; deshalb können auch die Folgen des § 25 nicht eintreten.

Das gleiche gilt von den Betrieben des § 3 Abs. 2 HGB.: auch hier kommt der Eintragung konstitutive Wirkung zu.

Wie steht es endlich mit den Kaufleuten des § 4 HGB., den sogenannten Minderkaufleuten, deren Gewerbebetrieb handwerksmäßig ist oder nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht? Staub[1]) geht davon aus, daß jeder, der sich im Handelsverkehr als Vollkaufmann geriere, als solcher behandelt werden müsse: „Es kommt nicht darauf an, was die Kontrahenten im Handelsrecht sind, sondern als was sie sich gerieren. Sie gerieren sich aber durch Veräußerung und Führung einer Firma als Vollkaufleute, und das ist für die Anwendung des § 25 entscheidend“ (Staub S. 140.) Gewiß soll zugegeben werden, daß auf diese Weise sehr oft Minderkaufleuten die Freude daran, sich als Vollkaufmann aufzuspielen, verdorben werden wird, denn die Firmenführung birgt die Gefahr der Schuldenhaftung in sich: trotzdem ist der Staubschen Ansicht nicht beizupflichten. Das Reichsgericht hat sich gegen Staub erklärt.[2]) Die Firma des Minderkaufmanns ist eben keine Firma im technischen Sinne. Aus diesem Grunde schon können die Folgen des § 25 für Minderkaufleute nicht eintreten. Außerdem bestimmt § 4 Abs. 1 ausdrücklich, daß für Minderkaufleute die Vorschriften über die Firma keine Anwendung finden. § 25 gehört aber, wie seine Zugehörigkeit zum 3. Abschnitt des 1. Buches des HGB. beweist, zu den Bestimmungen über die Firma.

Anders steht allerdings der Fall, wenn die Firma des Minderkaufmanns zu Unrecht ins Handelsregister eingetragen ist, wenn der Minderkaufmann zum sogenannten „Scheinkaufmann“ wird. Dem ist der Fall gleich zu achten, daß ein Gewerbebetrieb des § 2 oder § 3 HGB. fälschlicherweise im Handelsregister eingetragen ist. In diesen Fällen bestimmt § 5 HGB. ausdrücklich, daß gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, der Einwand, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder zu den Betrieben des § 4 Abs. 1 HGB. gehöre, ausgeschlossen sei. Der Grund dieser Bestimmung ist darin zu suchen, daß das, was im Handelsregister einmal

[1]) Staub, Exkurs zu § 5.

[2]) RG. 55, S. 53; ebenso Urteil des OLG. Posen in Seufferts Archiv, 3. Folge. Bd. 4, Seite 414.

eingetragen ist, nach außen hin als richtig gilt. Demjenigen, der mit einem Kaufmann, dessen Eintragung im Handelsregister ihm bekannt ist, in Verbindung tritt, kann nicht angesonnen werden, zu prüfen, ob die Eintragungen des Handelsregisters auf den gesetzlichen Grundlagen beruhen. Nicht der Umstand, daß sich jemand im Handelsverkehr als Vollkaufmann geriert, bedingt also dessen Behandlung als Vollkaufmann, sondern die Eintragung desselben ins Handelsregister.

2. Wirkung der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma.

§ 5.

a) Haftung gegenüber den Geschäftsgläubigern.

Sind alle die erwähnten Voraussetzungen erfüllt, so bestimmt das Gesetz, daß der Erwerber für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten haftet.

Zunächst soll auf die Frage nach dem Haftungsgrund kurz eingegangen werden. Wie schon in der Einleitung erwähnt worden war, hatte das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch über die Haftung für die Geschäftsschulden keine Bestimmungen getroffen, und so hatten sich die verschiedensten Theorien gebildet, um die Haftung des Erwerbers zu begründen. Wir beschränken uns darauf, nur die wichtigsten dieser Theorien zu beleuchten, um vergleichen zu können, inwieweit dieselben für die Regelung der Frage durch das Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 maßgebend gewesen sind.

Die älteste, hier namhaft zu machende Theorie ist die Hassenpflugs in Elvers Themis Bd. I S. 59 ff. Hassenpflug legt der Firma juristische Persönlichkeit bei und führt folgendermaßen aus: „Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handelsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen." Zur Begründung seiner Theorie führt er folgendes an: Aus dem Umstande, daß die Inhaber eines Handelsgeschäfts wechseln, während die Firma dieselbe bleibe, gehe hervor, daß diese von der Person des Inhabers unabhängig sei und ein Rechtssubjekt für sich bilde. Daraus resultiere, daß der Inhaber für die Forderungen gegen die Firma hafte und die Forderungen, die der Firma zuständen, ohne weiteres geltend machen könne.

Ähnlich ist die Anschauung des preußischen Obertribunals (in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, des Handels- und Wechselrechts Bd. II S. 258 ff.). Das Obertribunal geht zwar nicht so weit, daß es der Firma juristische Persönlichkeit zulegt, tatsächlich kommt es aber zu demselben Resultat. wenn es ausführt:

„Wiewohl das unter einer bestimmten Firma geführte Handelsgeschäft sich nicht als Rechtssubjekt in streng juristischem Sinne auffassen läßt, so bildet es doch ein für sich bestehendes, abgeschlossenes Ganzes, zu welchem als integrierende Bestandteile nicht nur Warenvorräte und Utensilien, sondern auch außenstehende Handelsforderungen und kontrahierte Handelsschulden gehören. Dieses Ganze, welches allerdings nicht als **universitas iuris** anzusehen

ist, sich vielmehr nur als **universitas facti** charakterisiert, wird in der Handelswelt dergestalt als einheitlicher Komplex aufgefaßt, daß, welche Personen auch die Träger der Firma sein mögen, dadurch diese Einheit nicht alteriert wird. — Dadurch das dem Geschäft ein besonderer Name beigelegt ist, daß das Geschäft durch diese seine Firma nach außen hin repräsentiert wird und daß beide unzertrennlich sind, ist dem unter der Firma geführten Geschäft eine Art von juristischer Persönlichkeit beigelegt." Das Obertribunal faßt also die Firma ebenso wie Mommsen[1]) nicht als Namen des Kaufmanns, sondern als Namen des Geschäfts. Hiergegen ist einfach die Definition des Gesetzes zu halten, welche die Firma ausdrücklich als Namen des Kaufmanns bezeichnet (a 15 ADHGB. § 17 HGB.)

Diese Auffassung der Firma als juristische oder, was auf dasselbe hinauskommt, als quasijuristische Person läßt sich nicht halten. Nach ihr würden die Geschäftsschulden nur auf der Firma liegen, der Erwerber wäre nur mit dem Vermögen der Firma für dieselbe verhaftet, während der Veräußerer ganz frei würde. Der Konkurs der Firma würde nur das Firmenvermögen ergreifen; ein Kaufmann könnte jederzeit seinen Privat-Gläubigern sein Vermögen entziehen, indem er es der Firma überwiese; ferner würden die zum Geschäftsbetrieb erworbenen Grundstücke lediglich unter der Firma eingetragen werden können. Alles das sind Grundsätze, die auch dem ADHGB. fremd waren. ROH 3 S. 411 spricht sich dahin aus, daß die Firma keinerlei Rechtssubjekt neben oder außer dem Kaufmann repräsentiere. Eine rechtlich wirksame Unterscheidung von Privat- und Geschäftsvermögen gibt es beim Einzelkaufmann nicht (ROH 11 S. 151). Der über einen Kaufmann ausgebrochene Konkurs ergreift auch sein Privatvermögen.

In ganz eigentümlicher Weise hat von Völderndorff (in Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum ADHGB. S. 134 ff; 191 ff) den Übergang der Geschäftsschulden auf den die Firma fortführenden Geschäftserwerber begründet. Er prägt zu diesem Zweck den Begriff der „kaufmännischen Persönlichkeit", das ist „die von der physischen Person getrennt gedachte Funktion des Kaufmanns im Verkehrsleben" (S. 135). Die kaufmännische Persönlichkeit umfaßt die Gesamtheit von körperlichen und unkörperlichen Gegenständen der Firma. Wie der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, so setzt der, der ein Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, die kaufmännische Persönlichkeit des bisherigen Inhabers fort. „Wer die Firma fortführt, haftet unbedingt und unbeschränkt für die Schulden des Geschäfts, welches unter der Firma geführt wird, ohne Rücksicht darauf, welche physische Person als Geschäftsinhaber dieselben kontrahiert hat." (a. a. O. S. 194.)

Diese Ansicht ist unhaltbar; eine Trennung der Person des Kaufmanns in eine physische und kaufmännische Persönlichkeit ist praktisch undurchführbar und willkürlich. Wir verweisen auf Regelsbergers Ausführungen[2]):

„Wenn irgendwo, so ist es im Gebiet des Handelsrechts Bedürfnis,

---

[1]) a. a. O. S. 202 f.

[2]) In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14 S. 13.

mit festen Begriffen zu rechnen und die Phrasen beiseite zu lassen. Was denkt man sich unter kaufmännischer Persönlichkeit, wenn man die Annahme der juristischen Persönlichkeit verwirft?"

Das neue HGB. hat keine dieser Theorien akzeptiert und die Frage nach dem Grunde der Haftung des Erwerbers klar und bestimmt geregelt: „Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers." § 25 Abs. 1 S. 1 HGB.

Das Gesetz legt dadurch der Firma nicht etwa juristische Persönlichkeit bei; wäre dies der Fall, so wäre die Haftung unbeschränkbar. Demgegenüber bestimmt aber Abs. 2 des § 25, daß die Haftung trotz Firmenfortführung ausgeschlossen werden kann. S. unten § 6.

Wie aus der Denkschrift S. 36 hervorgeht, ist der Grund der Bestimmungen des § 25 vielmehr auf praktischem Gebiet zu suchen.

„Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigentümerin des Handelsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings rechtlich nicht zutreffend; nichtsdestoweniger scheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, in bezug auf die Frage des Übergangs der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenkommen. Denn der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatz fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsschulden des früheren Geschäftsinhabers soweit als möglich einzutreten." (Denkschrift S. 36.)

Verpflichtungsgrund für die Haftung des Erwerbers ist also lediglich die Tatsache der Firmenfortführung. Hierin ist eine der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung zu sehen, an welche das Gesetz die Rechtsfolge der Passivenhaftung knüpft. (Staub, S. 141, Anm. 10.) Der Umstand, daß die Firmenfortführung ohne Erlaubnis des bisherigen Inhabers erfolgt, oder daß die Parteien unter sich bezüglich der Schuldenübernahme andere Abmachungen getroffen haben, ist für die Frage der Schuldenhaftung den Gläubigern gegenüber irrelevant. Selbstverständlich hat der Erwerber, der wegen einer Forderung, für die er dem Veräußerungsvertrage zufolge nicht zu haften hatte, in Anspruch genommen wird, Ersatzanspruch gegen den bisherigen Inhaber. Diese Frage bezieht sich aber auf das Innenverhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer und ist hier nicht zu erörtern.

Die Haftung erstreckt sich auf die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, oder wie § 25, Abs. 3 kürzer sagt, auf alle früheren Geschäftsverbindlichkeiten.[1]) Es sind dies die Verpflichtungen, welche zu dem Geschäftsbetrieb in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als Folge desselben erscheinen. (Bolze 16, Nr. 315.) Es scheiden somit alle Schulden aus, die sich nicht als Folge dieses Geschäftsbetriebes

[1]) Gegen diese Gleichstellung Cohn a. a. O., S. 43.

darstellen, die Privatschulden des früheren Inhabers[1]), wie Mietschulden der Privatwohnung, Verbindlichkeit eines Kaufmanns in seiner Eigenschaft als Erbe und ähnliches. Die Frage, wenn Privatschuld oder Geschäftsschuld vorliegt, läßt sich nicht allgemein entscheiden, sondern ist von Fall zu Fall zu untersuchen. Wichtige Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Frage gibt das Gesetz in §§ 343, 344. § 343 gibt die Definition des einzelnen Handelsgeschäfts, während § 344, Abs. 1 die **praesumtio iuris** ausspricht, daß alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig anzusehen sind. Der Gegenbeweis ist jederzeit möglich. Demgegenüber stellt § 344, Abs. 2 eine **praesumtio iuris et de iure** dahingehend auf, daß die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als im Betrieb des Handelsgewerbes ausgestellt gelten, sofern nicht aus der Urkunde selbst sich das Gegenteil ergibt. Danach haben alle „verbrieften Verbindlichkeiten“[2]) als Geschäftsschulden zu gelten, es sei denn, daß der Schuldschein besagt, daß es sich um eine Privatschuld des Kaufmnns handelt. Das führt zu bedenklichen Konsequenzen:

So muß der Erwerber einen laufenden Wechsel des Geschäftsveräußerers, den dieser unter seiner Firma einem Möbelhändler für die Ausstattung seiner Tochter als Zahlung gegeben hat, als Geschäftsschuld bezahlen; obwohl es hier sich offensichtlich um eine Privatschuld des bisherigen Inhabers handelt, kann der Erwerber doch die **praesumtio iuris et de iure** des § 344 Abs. 2 nicht widerlegen, weil der Wechsel nicht ergibt, daß es sich um keine Geschäftsschuld handelt.

Adler hat im Archiv für bürgerliches Recht Bd. III S. 20ff sich daher gegen eine Anwendung des § 344 Abs. 2 für die Beantwortung der Frage, ob Geschäftsschuld vorliege, ausgesprochen. Ebenso will Staub (S. 133) nur § 344 Abs. 1 angewendet wissen, ohne jedoch einen Grund anzugeben, warum.[3])

Wir verkennen gewiß nicht, daß die Anwendung des § 344 Abs. 2 zu ungeheuren Härten gegen den Erwerber führen kann, sehen aber keine Möglichkeit, die Anwendung des Abs. 2 auszuschließen, und die des Abs. 1 anzuerkennen. Denn beide Absätze enthalten, ganz gleichartige Bestimmungen; man kann nicht eine akzeptieren und die andere ablehnen.[4])

Ein wichtiges, wenn auch nicht entscheidendes Kriterium dafür, ob Geschäftsschuld vorliegt, bildet die Eintragung der betreffenden Obligation in die Handelsbücher; (ROH 8 S. 42 u. 385); eine infolge ungenauer Buchführung nicht eingetragene Geschäftsschuld verliert aber selbstverständlich dadurch nicht ihren Charakter als solche.

Die Geschäftsschulden werden in der Regel Kontraktsobligationen sein; sie erschöpfen sich aber nicht hierin, sondern erstrecken sich auf „diejenigen außerkontraktlichen Verpflichtungen, welche mit dem Geschäftsbetrieb in einer

---

[1]) Vergl. ROH. 8, S. 41.
[2]) Wolff in Goldschmidts Zeitschrift 43, Seite 251.
[3]) Desgl. Düringer urd Hachenburg S. 117.
[4]) Ebenso Lehmann und Ring S. 93; Volte in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 51, S. 442.

solchen engen Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen" RG. 15, S. 54. Die genannte Reichsgerichtsentscheidung nennt besonders Ansprüche aus § 120 der Reichsgewerbeordnung und aus § 2 des Haftpflichtgesetzes. Ferner gehören hierzu Ansprüche aus Patentverletzung (RG. 15, S. 133) aus unerlaubtem Nachdruck, unlauterem Wettbewerb und dergl.

Zu den Geschäftsschulden gehören ferner die Lohnschulden an Angestellte des Geschäfts sowie die Miete für das Geschäftslokal und Hypothekenschulden auf Geschäftsgrundstücken.

Unter die Geschäftsschulden, für die der Erwerber zu haften hat, fallen nicht nur die fälligen, sondern auch die bedingten und betagten, sowie diejenigen aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen. (ROH 8, S. 385.)

Darauf, daß dem Erwerber die einzelnen Verbindlichkeiten bekannt waren, kommt es nicht an; denn seine Haftung beruht lediglich auf der Übernahme des Geschäfts unter der bisherigen Firma. (A. A. Adler a. a. O.)

§ 6.

b) Ausschluß der Haftung durch abweichende Vereinbarung.

Im vorstehenden war dargetan worden, daß die Bestimmungen des § 25 Abs. 1 HGB. lediglich aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf eine rechtlich nicht zutreffende Verkehrsanschauung im Interesse der Geschäftsgläubiger getroffen worden sind. Es würde aber anderseits eine Härte gegen den Erwerber bedeuten, wenn die Haftung für die Geschäftsschulden unter keinen Umständen ausgeschlossen werden könnten. Aus dieser Erwägung heraus bestimmt das Gesetz in § 25 Abs. 2:

„Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist."

Erste Voraussetzung ist also eine abweichende Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber. Eine Eintragung oder Mitteilung an die Gläubiger, die der Wahrheit zuwider Ausschluß der Haftung für Geschäftsschulden aussprächе, würde die gewollte Wirkung nicht haben.

Die weitere Voraussetzung ist, daß diese abweichende Vereinbarung ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder den Gläubigern vom Veräußerer oder Erwerber mitgeteilt werde.

Da nach § 25 Abs. 1 HGB. mit der Fortführung der Firma die Haftung des Erwerbers eintritt und sich nachträglich nicht abändern läßt, muß die Eintregung und Bekanntmachung der abweichenden Vereinbarung gleichzeitig mit der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma erfolgen. „Dabei darf man den Begriff der Gleichzeitigkeit nicht zu eng fassen, denn der Begriff der Fortführung der Firma ist ein flüssiger; ja eine korrekte Eintragung des Firmenübergangs setzt den Beginn der Geschäftsfortführung sogar voraus." (Staub, Anm. 17 zu § 25.) Am sichersten wäre es für den Erwerber, wenn er schon vor dem Zeitpunkt, in dem er das Geschäft unter der Firma fortführt, die abweichende Vereinbarung eintragen lassen könnte; das ist aber nicht möglich, denn zuvor muß er über-

haupt als Inhaber des Geschäfts eingetragen sein. Die Mitteilung an die Gläubiger, daß Passivenhaftung ausgeschlossen sei, kann jedoch schon vor der Eintragung des Firmenübergangs erfolgen, denn sie setzt die Fortführung des Geschäfts nicht voraus.

Um den Ausschluß der Haftung zu bewirken, genügt Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung an die Gläubiger. Ist also der Ausschluß der Passivenübernahme eingetragen und publiziert, so bedarf es in den Zirkularen, die der Erwerber bei Geschäftsübernahme zu verschicken pflegt, nicht der Erwähnung, daß er für Schulden nicht hafte. Er kann diesen Punkt mit Stillschweigen übergehen, ohne dadurch seine Haftbarkeit für die Schulden zu begründen.

Die Bekanntmachung hat gemäß § 10 HGB durch das Registergericht im Deutschen Reichsanzeiger und mindestens einem anderen Blatt zu erfolgen: sie gilt als erfolgt mit dem Ablauf des Tages, an welchen das letzte der sie enthaltenden Blätter erschienen ist.

Die Eintragung und Publikation oder Mitteilung müssen klar und bestimmt angeben, welche Abänderung im Verhältnis zur gesetzlichen Regel erfolgen soll. Sie können generell lauten: „Passiva werden nicht übernommen" oder im Einzelnen die Schulden aufzählen, die von der Übernahme ausgeschlossen sind. Jeder Gläubiger muß in der Lage sein, klar zu erkennen, ob seine Forderung mitübernommen ist oder nicht.

Cohn behauptet a. a. O. 53, daß bei nur teilweisem Übergang von Schulden außer der Eintragung ins Handelsregister noch Mitteilung an die betreffenden Gläubiger erfolgen müsse, da ein Vermerk, daß die Schulden nur teilweise übergegangen seien, dem Wesen des Handelsregisters widerspreche. Dem ist nicht beizupflichten, denn § 25 Abs. 2 stellt Eintragung und Mitteilung als völlig gleichberechtigt gegenüber. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß durch eine detaillierte Eintragung der einzelnen von der Haftung ausgenommenen Schulden das Handelsregister sehr umfänglich werden und an Übersichtlichkeit verlieren muß. Der Registerrichter wird in solchen Fällen auch die Parteien auf die andere Möglichkeit, die ihnen zur Abwendung der Schuldenhaftung durch den Erwerber offen steht, hinweisen; aber wenn die Parteien auf Eintragung und Bekanntmachung bestehen, so muß sie erfolgen. Sie schließt dann die Haftung für die aufgezählten Schulden aus, ist nicht etwa nur, wie Cohn a. a. O. behauptet, ein „Warnungssignal".

Widersprechen sich Eintragung und Mitteilung an die Gläubiger, d. h. bezeichnet die Eintragung in das Handelsregister ganz andere Passiven, als von der Haftung ausgenommen wie die Mitteilung, so ist diejenige maßgebend, die den getroffenen Vereinbarungen nachweislich entspricht,

Es ist kontrovers, ob ein Gläubiger, dessen Forderung laut Eintragung und Bekanntmachung von der Übernahme durch den Erwerber ausgeschlossen ist, sich auf § 15 Abs. 2 HGB. berufen kann, d. h. ob er die eingetragene Tatsache nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, falls er beweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Die Frage, ob er jemals imstande sein wird, diesen Beweis zu erbringen, da ihm doch als Kaufmann gesetzlich eine Erkundigungspflicht nach den Einträgen des Handelsregisters obliegt, soll hier nicht erörtert werden. (Vergl. hierzu Staub S. 101 Anm. 6.)

Wolff (a. a. O.) spricht sich dahin aus, daß in diesem Falle der Gläubiger den Erwerber zwar nicht in Anspruch nehmen könne, anderseits dürfe ihm seine unverschuldete Unkenntnis keinen Schaden bringen; wenn er also in entschuldbarer Unkenntnis den Erwerber auf Zahlung verklage, so müsse er zwar mit der Klage abgewiesen werden, habe aber einen Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten. Wir können uns dieser Auffassung nicht anschließen; wie kommt der Erwerber, der seines Teils nichts versäumt hat, dazu, die Prozeßkosten zu tragen?

Wir entscheiden uns aus 2 Gründen gegen die Zulässigkeit der Anwendung des § 15 Abs. 2:

Mit Makower (§ 15 HGB. III A. b) scheiden wir eintragungsfähige und eintragungspflichtige Tatsachen. Nur letztere sind unter dem Begriff „einzutragende Tatsachen" gemeint; nur bezüglich ihrer findet § 15 Abs. 2 Anwendung. Zu diesen „einzutragenden Tatsachen" gehört aber nicht die Vereinbarung, daß Passivenhaftung ganz oder teilweise ausgeschlossen sei, denn die Eintragung dieser Vereinbarung kann sogar ganz unterbleiben, ohne daß diese deshalb ihre Wirksamkeit verliert: An Stelle der Eintragung kann die Mitteilung treten.

Der andere Grund, der gegen die Anwendung des ganzen § 15 spricht, ist der, daß die Art und Wirkung in § 25 Abs. 2 HGB. von der des § 15 grundverschieden ist. Die Tatsachen des § 15 wirken gegenüber dem Dritten, der sie kannte, auch wenn sie nicht eingetragen waren; sie wirken schon vor ihrer Eintragung. Die Eintragung erweitert nur ihren Wirkungskreis, ihre rechtliche Existenz begründet sie nicht, ihr kommt nur deklaratorische Wirkung zu. Ganz anders steht es mit der Eintragung in § 25 Abs. 2. Die abweichende Vereinbarung kann aus sich allein nicht gegen Dritte wirken; sie kann es erst, wenn sie eingetragen und publiziert ist. Die Eintragung begründet erst den Ausschluß der Haftung, sie hat konstitutive Wirkung.

Damit ist gleich die Frage, ob § 15 Abs. 1 Anwendung finden kann, in verneinendem Sinne entschieden. Ist die abweichende Vereinbarung weder eingetragen und publiziert noch den Gläubigern mitgeteilt worden, so hat sie gegen Dritte keine Wirksamkeit. Eine Berufung darauf, daß sie dem Dritten anderweit bekannt gewesen sei, ist nicht zulässig:[1]) der Erwerber haftet in diesem Falle nach § 25 Abs. 1.

Über die Art der Mitteilung ist folgendes anzuführen: Sie kann sowohl vom Veräußerer wie vom Erwerber erfolgen, nur muß sie an jeden Gläubiger, dessen Forderung nicht mit übernommen wird, ergehen.

Über die Form der Mitteilung stellt das Gesetz keine Vorschriften auf; jede Mitteilung, auch die mündliche, genügt.

Öffentliche Bekanntmachung durch Börsenanschlag oder Insertion in Zeitungen genügt nicht, denn die Mitteilung muß sich direkt an den Gläubiger richten.

Machen Veräußerer und Erwerber einem Gläubiger divergierende Mit-

---

[1]) RG. vom 19. 9. 1903 in Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen Bd. 13, S. 103.

teilung darüber, ob eine Forderung mit übernommen ist oder nicht, so will Wolff (a. a. O. S. 263) die zuerst ankommende gelten lassen, während bei gleichzeitiger Ankunft „**nil actum**" sei. Zu Unrecht. Das Gesetz bestimmt: Eine abweichende Vereinbarung ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie eingetragen und publiziert oder ihm mitgeteilt ist. Nur die Mitteilung aber, deren Inhalt sich mit der abweichenden Vereinbarung deckt, erfüllt den Tatbestand des § 25 Abs. 2; nur sie kann die Haftung des Erwerbers für die betreffende Geschäftsschuld ausschließen.

II. Fortführung des Geschäftes ohne Firma. Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes.

War im Vorstehenden dargetan, daß lediglich die Tatsache der Firmenfortführung die Haftung des Erwerbers für die Geschäftsschulden zur Folge hatte, so ergibt sich ohne weiteres, daß bei Nichtfortführung der Firma eine Haftung für die Geschäftsschulden **ex lege** nicht eintreten kann. § 25 Abs. 3 HGB. bestimmt dementsprechend:

> „Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

Wir haben uns demgemäß mit den besonderen Verpflichtungsgründen zu beschäftigen und untersuchen zunächst die des BGBs.

1. Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes des BGBs.

§ 7.

a) Übernahme eines Vermögens (§ 419 BGB.).

§ 419 Abs. 1 BGB. lautet:

> „Übernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen."

Hier erhebt sich zunächst die Frage, ob unter Vermögen das ganze Vermögen zu verstehen ist, oder ob es möglich ist, daß einzelne Teile von der Übernahme ausgeschlossen werden.

Der erste Entwurf des BGB. verlangte, daß das „ganze Vermögen" übernommen werde. Das Wort „ganze" ist aber im BGB. gestrichen worden. Das spricht dafür, daß man die Möglichkeit, einzelne Vermögensbestandteile auszunehmen, offen lassen wollte. Cosack (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 143) betont, daß es genüge, wenn ein Güterinbegriff, welcher zu dem Gesamtvermögen einer oder mehrerer Personen gehört, aber dauernd eine andere rechtliche Behandlung als die übrigen zu dem oder den

nämlichen Gesamtvermögen gehörigen Güter erfährt, übertragen werde. Wir schließen uns diesen Ausführungen Cosacks an.

Das Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmanns bildet, wie in § 2 festgestellt wurde, kein abgeschlossenes Ganzes, ihm wird keine andere rechtliche Behandlung als dem übrigen Vermögen des Kaufmanns zu teil. Daraus folgt, daß die Übertragung des Geschäftsvermögens eines Kaufmanns abgesondert von seinem Privatvermögen nach den Vorschriften des § 419 BGB. nicht möglich ist. Übrigens würde man, wollte man die Zulässigkeit der Übertragung nach § 419 bejahen, zu unausgleichlichen Widersprüchen kommen. Nach § 25 Abs. 2 HGB. kann der Veräußerer eines Handelsgeschäfts betreffs der Übernahme der Passiven mit dem Erwerber beliebige Abmachungen treffen, sofern er nur eine Änderung der gesetzlichen Regelung eintragen und bekannt machen läßt, oder den Gläubigern mitteilt; § 419 Abs. 3 bestimmt in striktem Gegensatz hierzu, daß die Haftung des Übernehmers durch Vereinbarungen zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Ferner bedarf der Vertrag des § 419 gemäß § 311 BGB. zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; der Vertrag über die Geschäftsübertragung nach HGB. ist formlos.

Diese Gründe verbieten es, die Geschäftsübertragung nach den Bestimmungen des § 419 BGB. für zulässig zu erklären. Anderseits ist es selbstverständlich angängig, daß ein Kaufmann zugleich mit seinem Privatvermögen sein Handelsgeschäft nach den Vorschriften des § 419 überträgt. Dieser Fall wird noch kurz Erwähnung finden.

Ferner wird man eine Vermögensübernahme im Sinne des angezogenen § 419 annehmen müssen, wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien übertragen wird. Denn die genannten Gesellschaften sind juristische Personen, ihr Vermögen bildet ein selbständiges Ganzes und hat mit dem der einzelnen Gesellschafter nichts zu tun. Fraglich ist es jedoch, ob auch die Übernahme des Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft unter die Bestimmungen des § 419 fällt. Staub (S. 131) verneint dies, weil die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sei; die Veräußerer seien in diesem Fall die einzelnen Gesellschafter und deren ganzes Vermögen bilde das Geschäft der von ihnen gebildeten Gesellschaft nicht.

In Anlehnung an die vorstehend erwähnten Ausführungen Cosacks entscheiden wir uns gegen Staub, denn das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ist als Güterinbegriff anzusehen, der dauernd eine selbständige rechtliche Behandlung erfährt. (Ebenso Cohn a. a. O. S. 56).

Der Erwerber haftet gemäß § 419 BGB. für alle Schulden des bisherigen Inhabers. Maßgebend für den Beginn der Haftung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht etwa der Zeitpunkt der Übertragung des Vermögens oder seiner einzelnen Bestandteile. Die Haftung des Erwerbers tritt also früher ein als ihm der Vorteil des Vertrags — der Erwerb des Vermögens — zukommt; denn der Vertrag gibt ihm kein dingliches Recht an den einzelnen Vermögensbestandteilen, sondern nur ein obligatorisches auf ihre Übertragung, die unter den für die einzelnen Bestandteile erforderlichen Formen erfolgen muß.

Die Haftung des Erwerbers ist weder ausschließbar noch beschränkbar (§ 419 Abs. 2), erstreckt sich jedoch nur auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die dem Übernehmer aus dem Vertrag zustehenden Ansprüche.

Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung (§ 419 Abs. 2). Er kann Befriedigung aus dem Vermögen insoweit verweigern, als dasselbe insuffizient ist: er ist jedoch in diesem Falle verpflichtet, es zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. § 1990 Abs. 1 BGB. Die Berechtigung, die Verpflichtung zur Herausgabe durch Zahlung des Wertes abzuwenden, steht ihm nicht zu (**arg.** 1973, 1992 BGB.). Er ist den Gläubigern für ordnungsmäßige Verwaltung verantwortlich wie ein Beauftragter: er ist ihnen deshalb zur Rechenschaftsablegung und eventuell zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet (§§ 662, 668 ff, 259, 261 BGB.). Für gemachte Aufwendungen kann er Ersatz verlangen, wenn er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 670 BGB.). Er kann, wenn er berechtigter Weise Suffizienz des Vermögens annehmen konnte, Verbindlichkeiten berichtigen mit der Wirkung, daß die Gläubiger dies gegen sich gelten lassen müssen (§ 1979 BGB.). In der Zwangsvollstreckung kann er die Beschränkung seiner Haftung nur dann geltend machen, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist (§ 780 CPO.). Die infolge der Vermögensübernahme durch Vereinigung von Recht und Verpflichtung oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern als nicht erloschen (§ 1991 Abs. 2): er kann neben den Gläubern Befriedigung aus dem übernommenen Vermögen fordern.

Neben dem Erwerber bleibt der bisherige Inhaber den Gläubigern für die Schulden verhaftet; das Gesamtschuldverhältnis, das durch die kumulative Schuldübernahme entsteht, wird in § 10 behandelt werden.

Noch kurz ist auf den Fall zurückzugreifen, daß ein Kaufmann zugleich mit seinem gesamten Privatvermögen sein Handelsgeschäft überträgt. Führt der Übernehmer in diesem Falle das Geschäft unter der bisherigen Firma fort, so findet beim Zusammentreffen der **lex specialis** des § 25 Abs. 1 HGB. mit der **lex generalis** des § 419 BGB. die erstere Anwendung: Der Erwerber haftet unbeschränkt für die Geschäftsschulden auf Grund der Firmenfortführung; für die Privatschulden haftet er nach § 419 HGB. nur bis zur Höhe des übernommenen Vermögens. — Eine Anwendung des § 25 Abs. 2 ist ausgeschlossen: Beschränkung oder Ausschluß der Haftung für Geschäftsschulden ist selbst dann unzulässig, wenn dies ins Handelsregister eingetragen und publiziert oder den einzelnen Gläubigern mitgeteilt wird. Denn § 419 Abs. 3 BGB. bestimmt ausdrücklich:

> „Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden."

Die Haftung erstreckt sich in diesem Fall nur auf den Bestand des übernommenen Geschäftsvermögens. Ebenso steht es, wenn die Firma nicht fortgeführt wird.

§ 8.

Privative Schuldübernahme; Versprechen der Leistung an Dritte; Bürgschaft.

1. Neben der kumulativen Schuldübernahme des § 419 BGB. ist des weiteren die privative Schuldübernahme der §§ 414, 415ff BGB. zu nennen. Diese kann durch Vertrag des Erwerbers mit den Geschäftsgläubigern erfolgen (§ 414). Einer Mitwirkung des bisherigen Schuldners, des Veräußerers, bedarf es nicht, er wird frei, der Erwerber des Geschäfts tritt an seine Stelle.

Die Schuldübernahme ist aber auch möglich — und das ist der häufigere Fall — durch Vertrag zwischen Erwerber und bisherigem Inhaber des Geschäfts (§ 415 BGB.). Dieser Vertrag wirkt zunächst als Erfüllungsübernahme nur unter den Parteien, dem Gläubiger gegenüber erlangt er erst Wirksamkeit durch dessen Genehmigung. Diese kann erst erfolgen, wenn der Urschuldner oder der Übernehmer dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat; vorher hat der Gläubiger noch kein Recht gegen den Geschäftserwerber. Diese Mitteilung stellt sich nicht als Vertragsofferte dar; wäre dies der Fall, so wären Übernehmer und Urschuldner an sie gebunden; sie könnten sie nur dann mit Wirkung gegen den Gläubiger ändern oder aufheben, wenn der Widerruf dem Gläubiger vor oder gleichzeitig mit der Offerte zuginge (§ 130 BGB.). Im Gegensatz hierzu bestimmt aber das Gesetz in § 415 Abs. 1 S. 3, daß bis zum Eingang der Genehmigung die Parteien den Schuldübernahmevertrag ändern oder aufheben können.

Verweigert der Gläubiger seine Genehmigung, so gilt der Vertrag als Erfüllungsübernahme; der Geschäftserwerber ist dem Veräußerer verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen.

Erteilt dagegen der Gläubiger seine Genehmigung, so wirkt diese Genehmigung gemäß § 184 BGB. auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Schuldübernahmevertrags zurück; mit diesem Zeitpunkt tritt der Erwerber an die Stelle des Veräußerers. Er kann alle Einwendungen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und bisherigem Schuldner ergeben, geltend machen; mit einer dem bisherigen Geschäftsinhaber zustehenden Forderung kann er nicht aufrechnen; denn hier fehlt das für die Aufrechnung unerläßliche Erfordernis der Gegenseitigkeit (§ 419 Abs. 1 BGB.). Aus dem der Schuldübernahme zu grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem bisherigen Geschäftsinhaber kann er Einwendungen nicht herleiten.

Die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen (§ 418.) Denn es kann den Bürgen oder den Eigentümern des verpfändeten Gegenstandes nicht zugemutet werden, an Stelle der vielleicht besonders kreditwürdigen Person des Urschuldners die des unsichereren Übernehmers zu erhalten. Willigen dagegen die genannten Personen in die Schuldübernahme ein, so bleiben die Bürgschaften und Pfandrechte bestehen. — Durch die Schuldübernahme wird endlich die Schuld anerkannt; es tritt demnach durch sie Unterbrechung der Verjährung ein (§§ 208, 217 BGB.)

2. Des weiteren ist als Verpflichtungsgrund des Erwerbers für die

Geschäftsschulden das Versprechen der Leistung an einen Dritten anzuführen. § 328 Abs. 1 bestimmt:

„Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern."

Von Fall zu Fall ist nach den Umständen zu untersuchen, inwieweit die Parteien — bisheriger Geschäftsinhaber und Erwerber — dem Dritten ein unmittelbares Forderungsrecht zugestehen wollen. (§ 328 Abs. 2 HGB.) Des weiteren gibt aber § 329 eine Auslegungsregel dahingehend, daß, falls sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des andern Teils ohne die Schuld zu übernehmen, verpflichte, im Zweifel nicht anzunehmen sei, daß der Gläubiger ein unmittelbares Forderungsrecht erwerben solle. Denkbar wäre jedoch eine entgegenstehende Abmachung. Vergl. ROH. 21 S. 233, RG. 2 S. 54.

Den Parteien bleibt es außerdem unbenommen, das unmittelbare Forderungsrecht des Gläubigers ohne dessen Zustimmung wieder aufzuheben oder zu ändern, sofern sie sich dies Recht beim Vertragsschluß vorbehalten haben. § 328 Abs. 2.

Der Gläubiger anderseits ist berechtigt, das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Geschäftserwerb gegenüber zurückzuweisen; das Recht gilt in diesem Fall als nicht erworben. § 333 BGB.

Die Rechte des Gläubigers sind nach diesen Bestimmungen keine sehr umfangreichen; dieser Verpflichtungsgrund wird deshalb nicht allzuhäufig vorkommen.

3. Als letzter besonderer Verpflichtungsgrund des Erwerbers für die Passiven des Geschäfts nach BGB. ist die Bürgschaft zu nennen.

Der Erwerber verbürgt sich den Gläubigern für die Geschäftsschulden des Veräußerers. Ist er Vollkaufmann, so bedarf die Bürgschaftserklärung keiner Form (HGB. §§ 350, 351); für einen Minderkaufmann kommen die Vorschriften des BGB. in Anwendung.

Der Umfang der Haftung bestimmt sich nach dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit (§ 767 BGB.). Der Erwerber kann die dem Veräußerer zustehenden Einreden geltend machen, selbst wenn dieser darauf verzichtet hat (§ 768). Er kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Veräußerer das seiner Verbindlichkeit zu grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten berechtigt ist, oder solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Veräußerers befriedigen kann (§ 770). Ist der Bürge Vollkaufmann, so steht ihm die Einrede der Vorausklage nicht zu (§ 349 HGB).

Soweit er die Gläubiger befriedigt, gehen deren Forderungen auf ihn über. § 774 BGB.

2. Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes des HGBs.

§ 9.

Handelsübliche Bekanntmachung.

Unter den besonderen Verpflichtungsgründen, kraft deren auch ohne Fortführung der Firma durch den Erwerber des Handelsgeschäftes, dessen

Haftung für die Geschäftsschulden eintritt, hebt das Handelsgesetzbuch in § 25 Abs. 3 besonders den Fall hervor, daß der Erwerber die Übernahme der Haftung für die Geschäftsschulden in handelsüblicher Weise bekannt gemacht hat.

Der Gesetzgeber ist hierin der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts gefolgt, die diese handelsübliche Bekanntmachung als selbständigen Verpflichtungsgrund anerkannt hatte.

Erfordernis ist, daß auch hier dieselben Voraussetzungen vorliegen wie in § 25 Abs. 1; nur die Fortführung der Firma fällt weg. Ebenso wie dort ist daran festzuhalten, daß nur das Geschäft eines Vollkaufmanns in Betracht kommen kann. Denn wenn auch die Firma nicht fortgeführt wird, so ist doch vorausgesetzt, daß der bisherige Inhaber eine Firma geführt hat, mithin ein Vollkaufmann war. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß nach § 4 HGB. die Vorschriften über die Firma (§§ 17—37 HGB.) auf Minderkaufleute keine Anwendung finden; und wenn auch § 25 Abs. 3 einen Fall behandelt, in dem die Firma nicht fortgeführt wird, so fällt er doch unter die allgemeinen Vorschriften unter die Firma.[1])

In der handelsüblichen Bekanntmachung muß die Übernahme der Verbindlichkeiten ausdrücklich erwähnt werden; die Anzeige von der Geschäftsübernahme allein hat keinerlei verpflichtende Wirkung. Vergl. ROH. 4 S. 5; 16, S. 272.

Die Bekanntmachung muß vom Erwerber ausgehen; eine Mitteilung seitens des Veräußerers genügt im Gegensatz zu § 25 Abs. 2 nicht; wohl aber wird man mit RG. 38 S. 174 eine Bekanntmachung durch den Veräußerer oder einen Dritten, die im Auftrage oder mit Genehmigung des Erwerbers erfolgt, für rechtlich wirksam erachten.

Die Form der Bekanntmachung kann sehr verschiedenartig sein. Sie kann durch Insertion in Zeitungen erfolgen (ROH. III S. 182), ferner durch Erklärung der Haftungsübernahme dem Handelsregister gegenüber zum Zweck der Eintragnng und Bekanntmachung, denn bei der Öffentlichkeit des Handelsregisters ist jedermann befugt, von den Unterlagen und Belegen der Registereinträge Kenntnis zu nehmen. (RG. 8 S. 66. Bolze 16 No. 314 und 316). Gemäß § 10 HGB muß zur Eintragung eine Publikation in den dort bezeichneten Zeitungen kommen. Möglich ist ferner Bekanntmachung durch Anschlag an der Börse. Die Reichsgerichtsentscheidung vom 10. XI. 1895 (in der deutschen Juristenzeitung 1896 S. 57) sieht in der Bekanntmachung der die Passiven enthaltenden Bilanz durch die das Geschäft übernehmende Handelsgesellschaft eine genügende Publikation der Haftungsübernahme.

In vielen Fällen wird der Erwerber Zirkulare an die Gläubiger versenden, welche die Erklärung der Passivenübernahme enthalten. Daß diese Zirkulare allen Gläubigern zugehen, ist nicht erforderlich; es genügt gemäß RG. 17 S. 98 und 38 S. 177 Bekanntmachung an „eine so erhebliche Zahl von Geschäftsgläubigern, daß sich aus diesen Bekanntmachungen auf den Willen des Übernehmers schließen läßt, daß die Übernahme in der gekennzeichneten Art dem Kreise der Geschäftsgläubiger überhaupt bekannt werde."

---

[1]) Ebenso Wolff a. a. O. S. 246; Düringer und Hachenburg S. 55. A. A. Staub S. 145.

Erfolgt dagegen die Erklärung an eine bestimmte Anzahl der Gläubiger des Inhalts, daß nur ihre Forderungen übernommen werden, so involviert diese Mitteilung keine Haftung gegenüber den Gläubigern, die kein Zirkular erhalten haben

Der Verpflichtungsgrund ist lediglich in der Bekanntmachung der Schuldenhaftung zu erblicken. Es ist dies eine einseitig verpflichtende Willenserklärung, „ein selbständig wirksamer, von der Akzeptation der Gläubiger unabhängiger, obligatorischer Dispositionsakt des Übernehmers." (ROH. I S. 68; III S. 182; S. 365).

Welche Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Übernehmer getroffen worden sind, ist für das Außenverhältnis gänzlich irrelevant: Einwendungen aus dem der Übernahme zu Grunde liegenden Vertrag herzuleiten, ist der Übernehmer nicht berechtigt.

Da sich die Bekanntmachung als Willenserklärung darstellt, ist Anfechtung derselben nach den allgemeinen Regeln des BGB. möglich.

B. Juristische Natur der Haftung des Erwerbers.

§ 10.

Gesamtschuldverhältnis.

Die Frage nach der juristischen Natur der Haftung des Erwerbers in § 25 HGB. ist nicht ganz gleichmäßig zu beantworten. Die Fälle in § 8, in denen die Haftung des Erwerbers auf Grund von §§ 414 ff., 328 ff., 765 BGB. eintritt, sind ganz verschiedenartig und lassen sich nicht einheitlich behandeln. Sie können auch, da es sich hier in erster Linie um handelsrechtliche Fragen handelt, außer Betracht bleiben. Wir beschränken uns darauf die übrigen Verpflichtungsgründe — Fortführung der Firma, Übernahme eines Vermögens, handelsübliche Bekanntmachung — ihrer juristischen Natur nach kurz zu betrachten.

Das HGB. selbst enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Art der Haftung; es bestimmt nur, daß der Erwerber für die Geschäftsschulden hafte, daß neben ihm aber der Veräußerer auf die Dauer von fünf Jahren verhaftet bleibe. (§ 26 HGB.)

Es entsteht somit ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 ff. BGB. Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben Veräußerer und Erwerber verpflichtet. § 421. Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung eines Teils wirkt für den andern Teil.. § 422. Der Gläubigerverzug gegen einen Gesamtschuldner wirkt objektiv befreiend auch für den anderen Gesamtschuldner, (§ 425) während der Verzug eines Gesamtschuldners nur für und gegen ihn wirkt. Befriedigt ein Teil den Gläubiger, so ist, sofern er nach dem internen Vertrag Ausgleichung verlangen kann, gegen den anderen Teil regreßberechtigt. (§ 426.)

Der Veräußerer wird dadurch, daß der Gläubiger den Erwerber mahnt oder wegen rückständiger Leistungen verklagt, nicht aus der Haftung entlassen. (ROH. 8 S. 382 ff, RG. 19, S. 253.)

Eine Anzeige des bisherigen Inhabers an die Gläubiger vom Geschäftsübergang mit der Erklärung, daß er weitere Haftung ablehne und die Gläubiger auffordere, binnen bestimmter Frist sich hierzu zu äußern; widrigenfalls er deren Einverständnis mit dem Ausschluß seiner Haftung annehme, ist rechtlich unerheblich. (ROH. 8 S. 382.) Ebensowenig befreit es ihn, wenn

der Gläubiger die Leistungen, die ihm aus bisher noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen obliegen, an den Erwerber bewirkt; hierin ist nicht eine Erklärung des Gläubigers zu sehen, daß er nur noch mit dem Erwerber zu tun haben wolle und den Veräußerer aus der Haft entlasse; denn der Erwerber hat allein ein Recht auf diese Leistungen. Vergl. RG. 31 S. 47 bis 48 (A. A. RG. 19 S. 129. Bolze **XIII** No. 500.)

Das Reichsgericht bestimmt jedoch in RG 31 S. 48, daß der Veräußerer befreit werden solle, wenn der Gläubiger dem Erwerber den Kaufpreis stundet oder die Waren gegen geringere Sicherheit gibt. Gegen diese Entscheidung spricht aber unseres Erachtens § 425 BGB.; andere als die in §§ 422—424 bezeichneteü Tatsachen — und zu diesen gehört die Stundung nicht — wirken nur für den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Und § 421 bestimmt, daß bis zur völligen Bewirkung der Leistung sämtliche Gesamtschulduer verpflichtet bleiben.

Die vom HGB. für die Dauer der Haftung des Veräußerers normierte Frist beträgt 5 Jahre, sofern nicht nach den allgemeinen Bestimmungen eine kürzere Verjährungsfrist in Frage steht. Die kürzeren Fristen des BGBs. kommen also für die in §§ 196, 197 aufgezählten Ansprüche in Betracht. Im Falle des § 196 Abs. 1 No. 1 würde die 4jährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 2 eintreten, denn die 2jährige Frist gilt nur dann, wenn die Leistung nicht im Gewerbebatrieb erfolgt ist, und hier kommen gerade nur Leistungen in Betracht, die für den Gewerbebetrieb bestimmt sind. Nach § 201 BGB. beginnen die kurzen Verjährungsfristen der §§ 196, 197 erst mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Ansprüche entstanden sind.

In allen anderen Fällen greift die 5jährige Verjährungsfrist des § 26 HGB. Platz. Die Vorschriften bes BGBs. über Hemmung, Unterbrechung und Wirkung der Verjährung finden entsprechende Anwendung. Danach verjährt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch erst in 30 Jahren, auch wenn er, wie im vorllegenden Fall, an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. (A. A. Staub, Anm. 2 zu § 26; ebenso Lehmann und Ring S. 97.)

Diese Vorschriften finden jedoch nur Anwendung, wenn die Haftung des Erwerbers auf Grund der Firmenfortführung oder der handelsüblichen Bekanntmachung eintritt; in den übrigeu Fällen der Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes des BGBs. bewendet es bei den Verjährungsfristen des BGB.

Als Beginn der Verjährung ist nach § 26 Abs. 2 für den Fall der Firmenfortführung das Ende des Tages maßgebend, an welchem der neue Inhaber der Firma ins Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist. Die Zweigniederlassung wird hierbei im Gegensatz zu den Vorschriften des § 15 Abs. 3 HGB. nicht berücksichtigt. Bestimmend ist auch für die Schulden, die im Betrieb der Zweigniederlassung entstanden sind, der Tag der Eintragung des Firmenübergangs beim Register der Hauptniederlassung.

Darauf, daß die einzutragende Tatsache dem Dritten, gegenüber dem die Verjährung läuft, bekannt war, kommt es nicht an; § 15 HGB. bleibt aus den oben in § 6 angeführten Gründen außer Anwendung. A. A. Cohn bei Gruchot 42, S. 55.

Haftet der Erwerber auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung der Passivenübernahme, so ist das Ende des Tages, an welchem die Kundmachung erfolgt, für den Beginn der Verjährung maßgebend.

Konnte die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkt verlangt werden, so beginnt die Verjährung sowohl bei Haftung auf Grund der Firmenfortführung wie bei Haftung auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung erst mit diesem späteren Zeitpunkt.

Was die Einwendungen anlangt, die dem Erwerber den ihn in Anspruch nehmenden Gläubigern gegenüber zustehen, so kann er analog § 417 Abs. 1 BGB. die Einwendungen vorbringen, welche sich aus dem Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Veräußerer ergeben.. Mit einer dem Veräußerer zustehenden Forderung kann der Erwerber nicht aufrechnen. Hat dagegen der Veräußerer die Aufrechnung vorgenommen, so kann er sich darauf berufen, denn dann ist die betreffende Forderung erloschen. Anderseits kann er dann mit einer Geschäftsforderung des Veräußerers aufrechnen, wenn diese gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 HGB. als auf ihn übergegangen gilt, d. h. wenn der Veräußerer oder dessen Erbe in die Firmenfortführung gewilligt haben.

Im übrigen kann der Erwerber alle Einwendungen, die einem Gesamtschuldner nach BGB. zustehen, geltend machen; sie sind im Vorstehenden bereits kurz angeführt.

Ein Erlaß zwischen Gläubiger und Veräußerer hat nur dann für ihn Wirkung, wenn die Parteien das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.

Aus dem Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber kann der letztere den Gläubigern keine Einwendungen entgegensetzen. § 417 Abs. 2 BGB. Während aber in § 417 Abs. 2 der Einwand zulässig ist, daß der der Schuldübernahme zr Grunde liegende Vertrag selbst nichtig sei (Planck, Kommentar zum BGB., Anm. 3 zu § 417) kann bei Firmenfortführung aus der Nichtigkeit des zwischen Veräußerer und Erwerber geschlossenen Vertrags kein Einwand hergeleitet werden, denn nicht dieser Vertrag begründet die Haftung des Erwerbers, sondern die hiervon ganz unabhängige Tatsache der Firmenfortführung. Nur dann kann der Erwerber mit seiner Einrede gehört werden, wenn die Fortführung der Firma durch Irrtum, Betrug oder Drohung veranlaßt worden ist.

Haftet der Erwerber auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung, so stehen ihm nur die Einreden zu, die der Veräußerer gegen den Gläubiger hatte.

Die Haftung erstreckt sich auf die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Welche Verbindlichkeiten hierzu gehören, ist in § 5 bereits behandelt worden. Der Erwerber haftet für den jeweiligen Bestand der Geschäftsschulden. Darauf, daß er sämtliche Schulden kannte, kommt es nicht an; er haftet auch für die Geschäftsschulden, von deren Existenz er entschuldbar keine Kenntnis hatte. (Vergl oben § 5.)

Er haftet mit seinem ganzen Vermögen für die Geschäftsschulden; nur im Falle der Haftung auf Grund § 419 BGB. haftet er nur in Höhe des übernommenen Vermögens (s. oben § 7.)

Anhang.

§ 11.

Civilprozessuale Stellung des Erwerbers.

Die Stellung des Geschäftserwerbers im Civilprozeß ist eine verschiedene, jenachdem zur Zeit des Übergangs des Geschäfts der Prozeß gegen den Veräußerer erst rechtshängig oder schon durch rechtskräftiges Urteil entschieden war.

„Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern, oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten; — die Veräußerung hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben." (§ 265 CPO.). Lediglich das Recht dem Veräußerer als Nebenintervenient beizutreten, wird man dem Erwerber zugestehen müssen, denn ein rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat er ohne Zweifel. (Vergl. § 66 CPO.)

Das Urteil, das gegen den Veräußerer ergangen ist, erlangt keine Rechtskraft gegen den Erwerber. Denn gemäß § 325 CPO. wirkt das Urteil nur für und gegen die Parteien, welche nach Eintritt der Rechtshängigkeit ihre Rechtsnachfolger geworden sind. Rechtsnachfolger des Veräußerers ist aber der Erwerber nur im Falle der privativen Schuldenübernahme (§§ 414, 415 BGB.); in den übrigen Fällen ist er es nicht, sondern er tritt als Gesamtschuldner neben den Veräußerer. Ein ungünstiges Urteil wirkt deshalb nur gegen den Veräußerer; will der Gläubiger sich an den Erwerber halten, so mag er ihn selbständig verklagen. Anderseits kann sich aber der Erwerber auf ein Urteil, das eine gegen den Veräußerer gerichtete Klage abgewiesen hat, nicht berufen; wird er vom Gläubiger in Anspruch genommen, so steht ihm die **exceptio rei iudicatae** nicht zu.

Ist dagegen die Schuld des Veräußerers zur Zeit der Übertragung des Geschäfts schon rechtskräftig festgestellt, so finden die Vorschriften der §§ 729 Abs. 2, 727 CPO. Anwendung.

Der Gläubiger ist berechtigt, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erwerber zu verlangen, wenn die Haftung des Erwerbers für die Geschäftsschulden auf Grund der Firmenfortführung durch öffentliche oder durch öffentlich blegaubigte Urkunden nachgewiesen wird oder wenn dieselbe bei Gericht offenkundig ist (§§ 727, 729[2] CPO.). Während aber sonst eine vollstreckbare Ausfertigung vom Gerichtsschreiber erteilt wird, ist zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung im vorliegenden Fall Anordnung des Vorsitzenden erforderlich. (§ 730 CPO.).

Kann der Gläubiger den nach §§ 727, 729 CPO. erforderlichen Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht erbringen, so muß er beim Prozeßgericht 1. Instanz aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erheben. (§ 731 CPO.).